Revista LTr. Vol. 52, nº 11, Novembro de 1988

Doutrina

A PRESCRIÇÃO TRABALHISTA NA CONSTITUIÇÃO

MARCOS JULIANO BORGES DE AZEVEDO (*)

1. O conceito de prescrição está indissoluvelmente ligado ao conceito de lesão de direito subjetivo. Como salienta San Tiago Dantas (in Programa de Direito Civil — 2ª Edição — Vol. I, Parte Geral), sem lesão de direito não há que se falar em prescrição. Essa relação — prescrição/lesão — traz para o instituto jurídico da prescrição vários elementos necessários. A existência de direito subjetivo do credor e, como conseqüência, do dever jurídico dele decorrente a que se encontra obrigado o devedor. O descumprimento desse dever jurídico pelo devedor, que é negação do direito subjetivo, gera a lesão. Da lesão promanam dois efeitos: um devedor jurídico secundário, consistente no dever de reparação do dano e o direito de ação para compelir ao ressarcimento mediante tutela do Estado. A eles se agregam o curso do tempo e a inação do credor. Sem a ocorrência da lesão estes dois últimos elementos perdem qualquer significação para o conceito da prescrição.

Lesionado o direito subjetivo do credor, cria-se para o devedor a obrigação de ressarcimento do dano, e para aquele direito de ação objetivando a reparação. O não exercício da ação, no tempo previsto (prazo legal), oportuniza a prescrição, cujo efeito consiste na exoneração do devedor do dever jurídico resultante da lesão. A prescrição, portanto, convalesce a lesão, e, sem atingir o direito subjetivo do credor — que permanece íntegro — opera unicamente a liberação do devedor da responsabilidade pela reparação da lesão causada ao direito subjetivo.

É a prescrição uma defesa processual. É uma defesa que tem o devedor, na ação que lhe move o credor, para eximir-se do dever jurídico de ressarcimento da lesão cometida. Pela prescrição o devedor combate a ação para alcançar a ineficácia da pretensão. É, portanto, a prescrição, matéria processual e no âmbito do processo que dela se conhece.

Tanto o Código Civil e o CPC, quanto a CLT e, agora, a Constituição Federal, quando se ocupam da prescrição o fazem em razão da ação e para o efeito nesta. Os prazos, a renúncia, a interrupção e a alegação da prescrição pressupõem e tem por fito a ação. O âmbito de articulação da prescrição é o da ação, mesmo porque a prescrição é da ação. Não se conhece da prescrição senão nos limites processuais da ação. Sem o exercício do direito de ação não se pode cuidar da prescrição, pela sua própria natureza de matéria de defesa oponível à ação.

Os prazos da prescrição são os estabelecidos em lei. A alegação da prescrição, como matéria de defesa (art. 300, 329 e 269 do CPC), no âmbito trabalhista, deve ser articulada na instância ordinária (Enunciado 153, TST). Em se tratando de direitos disponíveis não pode ser conhecida e decretada de ofício (§ 5º, art. 219 do CPC; inciso IV, art 295, CPC; art. 166 do C.C.). Com a citação (art. 219 do CPC) — no processo trabalhista com o ajuizamento da ação ou com o protesto (art. 867, CPC), interrompe-se a prescrição.

A prescrição já consumada, comporta renúncia, que pode ser expressa ou tácita, caracterizando-se esta pela não alegação na demanda.

A alegação da parte, como condicionante do acolhimento da prescrição, dimensiona, com mais evidência, o alcance desta exclusivamente como meio de liberação do devedor do dever de reparar a lesão, persistindo ileso o direito subjetivo do credor, que, ausente argüição, é feito valer em sua integralidade.

2. Fato não prescreve. A prescrição atinge ações que tutelam pretensões e direitos. Há que se distingüir, como o faz Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado, volume 6, página 253), os elementos integrativos do suporte fático, o suporte fático e o direito dele decorrente. Presentes os elementos do mundo fático constitui-se a prescrição como suporte fático do direito que é a exceção cuja articulação é matéria processual de defesa. Conseqüentemente, a prescrição, por si, não atinge a ação, a pretensão e o direito. O exercício do direito, que é a exceção de defesa, é que opera o efeito **"de encobrir a eficácia da pretensão ou da ação"**. Gera a prescrição, como suporte

(*) Marcos Juliano Borges de Azevedo é Advogado em Porto Alegre.

fático, o direito à exceção, cujo exercício se consubstancia na alegação, como tema de defesa, na ação. A prescrição, portanto, não pode ser concebida como um direito patrimonial do devedor, uma vez que, o que dela decorre é o direito à exceção, que é direito processual. Por seu turno, a faculdade de renúncia (art. 161, C. C.), como ato de livre disposição da parte, que pode radicar inclusive em motivação ética, não tem o condão de conotar ao direito natureza patrimonial. A renúncia é do direito à exceção, como visto, direito adjetivo.

3. Embora não constituindo tema de direito constitucional, a prescrição trabalhista mereceu tratamento na Carta Magna promulgada em 05-10-1988. Não se têm limitado as constituições — ao que não fugiu a de 1988 — ao âmbito do direito constitucional, como ramo específico da ciência jurídica, contemplando matérias próprias de outras áreas do direito, emprestando-lhes, com isso, hierarquia constitucional.

A prescrição é tema processual e, no caso, do processo trabalhista. O artigo 7º, inciso 29, da Nova Carta, ao dispor sobre a prescrição da ação para haver créditos trabalhistas, relativamente ao trabalhador urbano e ao trabalhador rural, disciplinou matéria processual, o que impõe a recepção desse qualificado comando normativo pelo processo judiciário trabalhista, devendo, nos limites deste, verificar-se a interpretação e aplicação do preceito constitucional.

A identificação, desde logo, da hierarquia da norma (constitucional) e de sua natureza (processual), norteará, com maior segurança, a interpretação e aplicação.

4. Fixa a norma os prazos prescricionais para os "...**créditos resultantes das relações de trabalho**...", o que significa dizer, das **parcelas** decorrentes dos direitos que compõem a relação jurídico-trabalhista dos trabalhadores urbanos e rurais. Consagra, em decorrência, o princípio da prescrição parcial. Imprescritível, portanto, o direito em si, o que somente se consumará após dois anos da extinção do contrato. Essa regra resulta idêntica para ambas as categorias de trabalhadores. Para o trabalhador rural assim já era, por expressa disposição legal. Divergências incontáveis persistiam relativamente ao trabalhador urbano. No entanto, ao lhes dar disciplina conjunta e uniforme, a norma constitucional tornou idêntico o princípio até então privilégio do trabalhador rural. O mesmo conceito é, portanto, em relação ao direito-fonte de onde promanam os créditos. Regramento distinto somente se pode encontrar no que tange a reparação das parcelas que, para o trabalhador urbano, fica limitada aos últimos cinco (5) anos precedentes ao ajuizamento da ação ou desde a ocorrência da lesão, se a exigibilidade do ressarcimento do crédito, dela decorrente, datar de menor tempo.

A regra, portanto, é a identidade de direitos entre trabalhador urbano e rural, o que, de resto, é enunciado no "caput", do art. 7º, "in verbis":

> "Art. 7º — São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social...".

A diversidade de tratamento, pela sua natureza de exceção ao princípio geral, há que vir expressa e esta, como visto, só ocorre em relação ao montante das parcelas.

Insubsistente, assim, o artigo 11 da CLT e ininvocável o apôsto — a **"exceção da que decorre de ato único do empregador"** — inserto no Enunciado 198, do TST, como pretenso marco delimitador do curso de tempo para o efeito de prescrição do direito de ação.

5. Esse conteúdo da norma constitucional resgata um dos atributos que, em Direito do Trabalho, são próprios do **"Princípio Tutelar"** e do **"Princípio da Primazia da Realidade"**; a propriedade defensiva do direito. A realidade ganha força jurígena, isto é, gera direito na relação trabalhista. Mediada pela noção de favorabilidade, opera, pela **"vis atrativa"**, a seletividade da norma mais favorável e da condição mais benéfica e, nessa dinâmica, com visível natureza dialética rejeita e repele o que desvantajoso ou lesivo. A superação do ilícito trabalhista pela afirmação e preservação do mais favorável, na relação que é de natureza continuativa, faz com que o direito persista no tempo, incólume à lesão. A limitação, por positivação legal, quanto ao alcance das parcelas, não desnatura o princípio, posto que preserva o direito em si.

A segurança e estabilidade das relações jurídicas nuclearizam a tematização clássica do instituto jurídico da prescrição. Em direito social, no entanto, o tema ganha matiz diversa e dimensão distinta, posto que, presente outra ordem de valores. É do próprio texto constitucional (a) o reconhecimento do primado do valor trabalho como base da organização social, na busca do bem estar e da Justiça Social (art. 193), (b) a diretriz básica (Preâmbulo) consistente em **"assegurar o exercício dos direitos sociais..."**, (c) a consagração, como fundamento do Estado Democrático de Direito, dos "...**valores sociais do trabalho**..." (inciso IV, art. 1º), (d) e a garantia de direitos no escopo da melhoria da condição social do trabalhador (art. 7º). Em direito social, o interesse individual é sempre uma particularidade que se totaliza na globalidade de um interesse coletivo. Esses princípios fundamentais que informam o direito social tem

um tensionamento axiológico que imanta toda a estrutura do Estado e da sociedade civil. Nesse plano, a segurança e estabilidade das relações jurídicas e sociais reside na permanente afirmação dos direitos trabalhistas, sendo-lhes avesso qualquer mutilação, a qualquer título, mormente por obra do ilícito, via lesão. Daí que, por natureza, imprescritível, na vida do contrato, o direito de ação para tutela da pretensão e do direito, sob pena de afronta a teleologia dos princípios e garantias fundamentais.

6. A norma constitucional (inciso 29, artigo 7º), tem incidência e aplicação imediata, inclusive sobre os processos em curso, compreendendo, portanto, as ações que vierem a ser ajuizadas após a promulgação da Constituição, como as já ajuizadas após a promulgação da Constituição, como as já ajuizadas precedentemente, excluídas as ações com decisão já transitada em julgado. Como a matéria é de natureza processual, embora com previsão constitucional, a sua alegação, na instância de conhecimento, fica subordinada ao regramento processual, devendo ser obedecidos o momento processual da alegação, a preclusão, etc..., o que somente pode ser aferido em cada caso concreto.

A imediata incidência e aplicação da norma constitucional decorre do princípio de que contra ela não se pode opor direito adquirido, nem garantias de direito intertemporal. Resulta do exercício do poder constituinte originário, que é a fonte e matriz de todo sistema de legalidade. Nesse sentido, o magistério de Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967 — Tomo I — Ed. RT — 1967 — pág. 183):

> "..
>
> Os poderes constituintes ilimitados não estão sujeitos, fora do terreno dos princípios de direito das gentes, a regras superiores às que vai promulgar; portanto:
>
> a) Não ficam adstritos às regras de fundo, tais como as de liberdade e de igualdade, nem às de forma; como as de democracia.
>
> b) Não lhes cerceia a atividade legislativa, no tempo, qualquer princípio de direito intertemporal".

Resta inteiramente revogado o artigo 11, da CLT. Contra o preceito constitucional em apreço é de todo ininvocável o inciso XXXVI, do artigo 5º, da mesma Carta, pela inafastável razão de que este dispositivo tem como destinatário o legislador ordinário (Municipal, Estadual e Federal) e não o legislador constituinte. É limite imposto ao poder legiferante do legislador ordinário, que, conseqüentemente, deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Não é, portanto, limite aplicável ao legislador constituinte que, de resto, a editou para o legislador ordinário. "...**As Constituições podem retirar direitos, pretensões e ações que, no momento da sua incidência, existam; mas, para que isso se dê, é preciso que a regra jurídica constitucional, de que resulte tal retroeficácia, colida com regra jurídica que no passado incidiu. Ora, tal colisão só se dá se a nova Constituição, incidindo (tendo de ser aplicada), necessariamente se choca com o que existe no mundo jurídico. Por exemplo: nova Constituição elimina o direito de enfiteuse**" (in Comentários à Constituição de 1967 — Pontes de Miranda — Tomo VI — Ed. RT — pág. 378).

O novo prazo prescricional valora tempo anterior não valorado pela lei ordinária revogada. Esse novo tempo (maior) integra o enunciado da norma constitucional e sofre a incidência imediata desta. Por outro lado, não persiste questão de direito intertemporal, em face do exercício do poder constituinte originário, o que só ocorreria na hipótese da norma revogadora situar-se na hierarquia ordinária.

7. No entanto, o inciso XXIX, do artigo 7º, deve ser entendido em consonância e harmonia com o inciso LV, do artigo 5º, da mesma Carta Magna que dispõe:

> "Art. 5º — ....
>
> ....
>
> LV — aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes".

Portanto, a norma do inciso XXIX, do artigo 7º, não pode ser aplicada em detrimento do princípio do contraditório e da ampla defesa, direito constitucional fundamental da parte. Segue-se daí que, com decisão já transitada em julgado, a incidência e aplicação do inciso XXIX, do artigo 7º, violentaria o direito da parte tutelado pelo legislador constituinte. Esse o fundamento da exclusão e não o decorrente do disposto no inciso XXXVI, do artigo 5º, da Carta, posto que, ininvocável contra o legislador constituinte.

Incide, no entanto, plenamente, sobre os feitos em curso, nos quais se processa a instância de conhecimento. Pressupõe-se, por evidente, que esteja em controvérsia a prescrição. Constituindo ela, agora, matéria constitucional, pode ser questionada em todos os Graus de Jurisdição (Ordinário e Extraordinário), desde que alegada no Grau Ordinário (Enunciado 153 do TST). Respeitados os limites processuais, em qualquer Grau de Jurisdição, na instância de conhecimento, pode ser postulado o regramento da prescrição pelo disposto no inciso XXIX, do artigo 7º, da Carta Magna, o que decorre de sua pronta incidência.

Revogado o artigo 11, da CLT, e insubsistente o pretenso direito adquirido a prazo já transcorrido, no todo ou em parte, ou questão de direito intertemporal, o prazo prescricional dos créditos devidos retroagem 5 (cinco) anos da propositura da ação, uma vez que o ajuizamento deste interrompe a prescrição. Assim, havendo créditos devidos desde cinco anos precedentes a ação, todos devem ser satisfeitos, posto que imunes a prescrição que é, como já visto, sempre parcial. Se, no entanto, a lesão (que é o fato gerador do crédito), datar de um, dois ou três anos precedentes ao ajuizamento da ação, por evidente, os créditos devidos serão contados da data da ocorrência da lesão, mesmo porque, antes não se constituiram, posto que dela decorrentes.

Porto Alegre, 06 de outubro de 1988.